

ÉTICA, DIREITO E MEDICINA: UMA MORAL COMPARTILHADA

DANIELLE FREITAS DE LIMA OLIVEIRA

Especialista em Direito Privado; Civil e Empresarial; Pós-graduada em Criminologia, Direito e Processo Penal; e em Ciências Forenses. Professora da Universidade Potiguar - UnP e Faculdade Câmara Cascudo.

E-mail: danielle.freitas@unp.br

LEIDIMAR PEREIRA MURR

Doutorado em Medicina. Profissional liberal nas áreas de bioética, clínica médica e política de desenvolvimento. Escritora, palestrante e professora de Instituições de Ensino Superior.

E-mail: leidimarmurr@hotmail.com

Envio em: Abril de 2016

Aceite em: Setembro de 2016

Resumo

O presente texto discorre sobre a análise da incidência do Direito sobre a Medicina no contexto dos estados democráticos de direito de sociedades avançadas de organização complexa do mundo contemporâneo, com o propósito de esboçar uma diretriz que venha a ser útil na abordagem de conflitos e litígios existentes no escopo de atuação do Direito Médico. A escolha do tema foi motivada pela constatação de que há uma crescente demanda de processos judiciais envolvendo temas relacionados à incidência do Direito sobre a Medicina e de que há, no entanto, uma carência de metodologias para a abordagem de temas complexos de natureza interdisciplinar. Daí a relevância do estudo. Dados os pressupostos teóricos conceituais tomados como ponto de partida na análise, trata-se de um enfoque indiscutivelmente dogmático. O método utilizado foi o coerentismo. A partir da análise do processo decisório inerente ao ato médico, obtém-se uma estrutura pentadimensional do direito, estrutura essa que pode ser utilizada então como diretriz para a elaboração de protocolos de abordagem de temas e conflitos referentes ao escopo de atuação tanto do advogado, quanto do médico, diante de situações conflituosas e litígios nos campos do Direito Médico, da Bioética e do Biodireito.

Palavras-chaves: Direito Médico. Estados Democráticos de Direito. Interdisciplinaridade. Ato médico. Dimensões do Direito.

ETHICS, LAW AND MEDICINE: A SHARED MORAL

Abstract

This paper proceeds the analysis of the impact of law on medicine in the context of democratic states of advanced contemporary societies. The motivation of it was to find a guideline that may be helpful in conflicts existing approach the scope of Medical Law. The choice of topic was motivated by the realization that there is a growing demand for lawsuits involving issues related to the impact of law on medicine and that there is, however, a lack of methodologies to address the complex issues of an interdisciplinary nature. Hence the relevance of the study. Given the conceptual theoretical assumptions taken as a starting point in the analysis, it is arguably a dogmatic approach. The method used was coherentism. From the analysis of the inherent medical act decision process, it could be

obtained a five-dimensional structure of the law. This structure can then be used as a guideline for the elaboration of the themes and issues concerning the scope of action of both, the lawyer and the physician, when confronted with conflicting situations and litigation; that means, in the fields of medical Law, Bioethics and Biolaw.

Keywords: **Medical** Law. Democratic State of Law. Interdisciplinarity. Medical act. Dimensions of Law.

1 INTRODUÇÃO

É crescente a demanda de processos judiciais envolvendo a atividade médica, atividade indissociável das áreas de conhecimento que compõem o campo da saúde. Diante dessa crescente demanda, é também crescente a busca por métodos, técnicas e instrumentos para orientar a abordagem, necessariamente interdisciplinar, de conflitos e litígios. Ademais, a mera normatização de condutas e procedimentos utilizados no escopo de atuação da Medicina – e ainda não previstos na legislação vigente –, carece de método de abordagem interdisciplinar. As novas possibilidades técnicas de intervenção em processos de saúde e doença, ou de vida e morte, têm constituído grande desafio para o campo do Direito. Seja na regulamentação do aborto em anencéfalo, na adoção de procedimentos inerentes ao transplante de órgãos e tecidos, como também na adoção de termos de consentimento esclarecido no pré-operatório de alguns procedimentos cirúrgicos, ou ainda, nos casos de alegação de erro médico em cirurgias estéticas, se faz necessário, diante de cada caso concreto, uma diretriz que auxilie tanto o advogado, quanto o juiz e o médico na elaboração de um juízo. A busca por uma diretriz para a abordagem jurídica de temas complexos da área biomédica é então a ousada e ambiciosa empreitada do presente estudo.

A despeito da criação de câmaras técnicas, da convocação de peritos ou da adoção de consultores ad hoc para orientar situações concretas, ainda há uma carência de metodologia para a abordagem interdisciplinar dos litígios e conflitos envolvendo as intervenções médicas e afins. Ademais, observe-se que o fundamento ético dos julgamentos que envolvem questões relacionadas à interferência nos processos de saúde e doença humanas, ou de vida e morte, estão intimamente relacionados ao entendimento que se tem do Direito (mais precisamente do sistema jurídico), enquanto instituto das sociedades avançadas de organização complexa, ou seja, dos estados democráticos de direito contemporâneos.

Indiscutível pois, que nas sociedades democráticas contemporâneas houve uma clara mudança de paradigma em relação a abordagem de conflitos pertinentes ao exercício da medicina. Hodiernamente, já não cabe mais a pergunta “o que é o corpo humano e quais as doenças que acometem o corpo humano com suas possíveis formas de tratamento?”, mas a pergunta: “o que é o ser humano e que formas de intervenção são tecnicamente possíveis, juridicamente permitidas e eticamente aceitáveis, sob o acompanhamento e a orientação do profissional médico?” (MURR, 2010a). Perceba-se que

esta é a questão implícita, cada vez que se demanda uma sentença acerca da matéria em questão. Atente-se, outrossim, que a expressão “sociedades avançadas de organização complexa do mundo contemporâneo” – ou simplesmente “sociedades democráticas contemporâneas” –, está aqui para o conceito e as implicações institucionais que subentendem o “Estado Democrático de Direito”.

Assim sendo, o presente artigo tem como objetivo, a partir do conceito de bioética e da natureza do ato médico, analisar a incidência da ética e do direito sobre a medicina, com fins a identificar as dimensões do direito; uma vez identificadas as dimensões do direito, se terá configurado a estrutura do direito enquanto fenômeno decisório. E assim se faz por entender que na estrutura do direito, enquanto fenômeno decisório, se assentam as diretrizes para orientar a abordagem de casos conflitantes concretos pertencentes à área de atuação do médico e do advogado; mais precisamente, de casos conflitantes e litígios inseridos nos campos do Direito Médico, da Bioética e do Biodireito.

Dada a natureza da matéria e o caráter normativo do presente estudo, utiliza-se, para alcançar os objetivos propostos, o coerentismo, tal qual explicitado por Beauchamp & Childress (1994) em conhecida obra em que aborda os princípios da ética biomédica. O coerentismo consiste em um método indutivo-dedutivo-dialético, o qual busca uma coerência entre julgamentos particulares e gerais. A despeito da fragilidade metodológica de tal empreitada, é nesse movimento dialético do particular para o geral, e deste geral retomando o particular, que se torna possível abordar questões conflitantes de temas referentes à ética biomédica, a exemplo do proposto pelos renomados autores. Nesse sentido, a metodologia define tanto o alcance quanto as limitações do estudo. Embora o método aqui proposto seja o que melhor se adequa ao presente estudo, é preciso ter em mente que, em sendo ideia abstrata, a construção dos modelos propostos não pode ser entendida como verdade real, inquestionável ou absoluta; trata-se apenas de um construto. Construto esse que, guardando a coerência alcançada, confere êxito para o alcance dos objetivos almejados, muito embora caiba a ressalva de que “coerência” não se confunde com “verdade”. Ou seja, embora tanto a justificação, quanto a verdade sejam alcançadas por meio da coerência, a coerência não obrigatoriamente conduz à verdade (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 1994, p. 27).

O direito é pois aqui, conforme já mencionado, abordado como um fenômeno decisório, multidimensional, cuja estrutura, embora complexa, é passível de investi-

gação sob um enfoque zetético e sob um enfoque dogmático, conforme bem define Ferraz Junior (FERRAZ JÚNIOR, 2013, p. 18). Toma-se na atual abordagem um enfoque inegavelmente dogmático, dados os pressupostos teóricos implícitos tomados como ponto de partida. Esses pressupostos consistem no entendimento de que o estudo alberga princípios e valores inerentes aos estados democráticos de direito contemporâneos, cujo significado para a tomada de decisão institucional confere não apenas uma diretriz de conduta, mas estão na estrutura das normas de conduta profissional, como é o caso das decisões referentes às possibilidades de interferência em processos de saúde e doença ou de vida e morte humanas. As decisões que vinculam os profissionais de saúde, e mais especificamente o médico, partem da obrigatoriedade de que, ao tomar a decisão, atente o profissional ao que é “o devido” do ponto de vista do reconhecimento científico (não apenas o mero conhecimento, mas o (re)conhecimento pela comunidade científica), “o permitido”, do ponto de vista da legislação vigente no país de atuação do profissional, e “o admitido”, conforme o ethos vigente na comunidade em questão (MURR, 2010b). É essa estrutura pois, que albergar a essência do instrumento de abordagem de conflitos médico-jurídicos ou referentes à ética biomédica.

Assim sendo, o texto prossegue primeiramente com uma breve descrição das fases identificadas no processo de institucionalização da medicina, da ética e do direito. Feito isso, segue uma também breve descrição dos sistemas envolvidos na incidência da ética e do direito sobre a medicina, para logo após elucidar, a partir do processo decisório emanado do ato médico, as dimensões do direito. Feito isso, busca-se identificar uma diretriz que possa vir a orientar a abordagem de conflitos ético-médicos ou médico-jurídicos. Por fim, busca-se explicitar possíveis desdobramentos do estudo.

Antes de discorrer sobre cada tópico porém, é preciso ainda conceituar alguns termos repetidamente utilizados no texto.

Ética e moral. Enquanto a “moral” compreende normas e valores de uma pessoa, e assim sendo, uma realidade subjetiva, resguarda-se o termo “ética” para expressar uma realidade objetiva. Entenda-se: enquanto um médico não é obrigado a fazer nada que contrarie os ditames da sua consciência (moral), esse mesmo médico está obrigado a agir, só e somente só, conforme padrões éticos vigentes e adotados na sociedade em que atua. E os padrões éticos, apesar de não se exaurirem na racionalidade, não podem prescindir desta racionalidade; diversamente do que ocorre com a moral. Enquanto

Comparato utiliza o termo ética, mentalidade e moral frequentemente de forma quase que indistinta, opta-se aqui, a despeito das controvérsias em torno de tal distinção, por uma distinção entre ética e moral. Adota-se pois aqui uma distinção mais precisa entre ética e moral, a semelhança de outros autores que se debruçaram sobre a matéria, cabendo destaque Annemarie Pieper (1991) em sua obra de introdução à ética.

Direito. Conforme definição de Meirelles, “O Direito, objetivamente considerado, é o conjunto de regras de conduta coativamente impostas pelo Estado. Na clássica conceituação de Ihering, é o complexo das condições existenciais da sociedade, asseguradas pelo Poder Público”. (MEIRELLES, 2002, p. 35 apud SABBAG, 2014, p. 34.)

Medicina. É aqui entendida enquanto instituto do Estado de Direito contemporâneo que, através de intervenções programadas, realizadas por profissional médico habilitado, sob a égide e vigilância do Estado, intervém em processos de saúde e doença humanas, bem como em processos de vida e morte.

Sistema. Conforme aponta Comparato, “Uma vasta corrente de pensamento contemporânea propôs denominar sistema todo objeto que só pode ser apreendido pelo pensamento, conjuntamente, em sua estrutura holística (de holos, advérbio que no grego clássico significava em sua totalidade) e em sua realidade funcional. Num sistema o todo é, em certo sentido, superior à soma de suas partes componentes, pois estas mantêm sempre, entre si, um relacionamento dinâmico, de tal sorte que, modificada qualquer das partes, modifica-se inevitavelmente o todo. Mas essa totalidade, assim organicamente estruturada, só cobra sentido quando vista, ela também, como parte de um todo maior, estruturado de modo orgânico, e dentro do qual ela exerce uma função determinada, e assim sucessivamente.” (COMPARATO, 2013, p. 16-17). No que diz respeito à teoria sistêmica, Comparato relata: “A teoria sistêmica foi concebida originalmente na biologia; passou em seguida, com a cibernética [...], para o campo dos organismos animais e dos mecanismos autorregulados, e, finalmente, para o ser humano, em toda sua complexidade individual e social” (COMPARATO, 2008, p. 20).

Estados democráticos de direito contemporâneos. Optou-se aqui pelo emprego do termo “estados democráticos de direito contemporâneos” para referir-se aos Estados constituídos do “mundo ocidental” que opta-

ram pela via democrática, como é o caso do Brasil desde a Carta Magna de 1988. Entende-se aqui que estes Estados compartilham princípios fundantes, os quais darão origem a todos os princípios que passarão a ser o candelabro de suas Cartas constitucionais. São então tais princípios fundantes: dignidade da pessoa humana, integridade da pessoa (física e mental) e liberdade. Salienta-se aqui que se está referindo ao mundo ocidental por entender-se que aquelas sociedades onde não houve separação entre Estado e Religião não se aplica o raciocínio ora desenvolvido. Ou seja, o termo ocidental está sendo utilizado de forma semântica para delimitar a amostra sobre a qual inferiu-se os postulados aqui apresentados.

Sociedades avançadas de organização complexa.

Utiliza-se aqui o termo “sociedades avançadas de organização complexa” em substituição aos termos “civilização” com a intenção de diminuir a carga valorativa que a palavra “civilização” evoca em oposição à “barbárie”. Não é intuito no presente estudo classificar qualquer Estado como melhor ou pior, mais desejável ou menos desejável do que outro. Apenas entende-se que “sociedades avançadas” são aquelas em que a mentalidade e o sistema ético, assim como a hierarquia social e as instituições de poder, são muito mais relevantes do que a base geoeconômica, ou seja, do que o território onde ela se assenta. E é justamente essa indeterminação da base geoeconômica que, segundo Comparato, vai constituir marco divisório entre o Mundo Contemporâneo (com base geoeconômica indeterminada) e a Idade Moderna (com base geoeconômica ou território determinado) (COMPARATO, 2013, p. 17).

Conhecimento científico e reconhecimento pela comunidade científica. Distingue-se aqui entre intuir, saber, conhecer e reconhecer. “O saber”, no contexto da presente abordagem, envolve sobretudo a experiência, o empirismo, e que, ao refletir as possíveis relações e inter-relações entre fenômenos e eventos, esboça algum conhecimento sobre esses mesmos fenômenos e eventos; implica pois em um conhecimento cotidiano, por vezes, intuitivo. Sob o termo “conhecimento” quer-se aqui referir a sistema complexo e elaborado de informação acerca de fenômenos e eventos e de suas inter-relações; é obtido através de dados coletados com instrumentos específicos e seguindo metodologia específica. O “reconhecimento” pela comunidade científica, por se turno, advém da necessidade de submeter aquele conhecimento, obtido através de instrumentos e metodologias próprias, ao crivo da comunidade científica,

com vistas a coibir abusos e atrocidades que pode advir do uso da racionalidade desprovida de razoabilidade.

2 ÉTICA, DIREITO E MEDICINA: UMA MORAL COMPARTILHADA

O título “Ética, direito e medicina: uma moral compartilhada” pretende chamar a atenção do leitor para a imbricação entre esses três institutos (da ética, do direito e da medicina), imbricação esta historicamente tecida. Não são poucos os autores que discorreram sobre essa tessitura, merecendo destaque a obra *Ética*, de Fabio Konder Comparato. Muito embora a referida obra se reporte aos campos da religião, da moral e do direito, estendeu-se, no presente estudo, a constatação histórico-evolucionista do autor ao campo da medicina. Nas palavras de Comparato, a palavra *Ética* pode ter um vasto sentido:

[...] ela abrange o conjunto dos sistemas de dever-ser que formam, hoje, os campos distintos – e, na maioria das vezes, largamente contraditórios – da religião, da moral e do direito. [...] no mundo antigo, ao contrário do que veio a suceder na época moderna, era impossível distinguir e [...] opor entre si essas três esferas de regulação do comportamento humano (COMPARATO, 2008, 18).

Curioso, pois, perceber que, nessa mesma linha de raciocínio histórico-evolucionista, não raro se tinha em clãs, tribos ou coletividades do mundo antigo, em uma mesma pessoa, o curandeiro, o justiceiro e o conselheiro. Seria algo assim como se nos dias atuais, o papel do padre, do médico e do juiz coubessem a uma mesma pessoa de uma dada comunidade. O *ethos*, enquanto síntese de valores estruturantes da vida em sociedade, parecia constituir o lastro para as diferentes áreas da atuação humana e para todas as esferas de regulação do comportamento humano. Dentre os autores pesquisados, reporta-se mais uma vez a Comparato, que soube sumarizar essas características do período axial, diferenciando-o de período posterior.

[...] antes do período axial, em todas as civilizações a vida ética era dominada pelas crenças e instituições religiosas, sem que houvesse nenhuma distinção objetiva entre religião, moral e direito. Além disso, a humanidade constituía uma espécie de arquipélago, onde as ilhas culturais tinham o seu próprio ideário e as suas próprias instituições de poder, pois cada sociedade estava intimamente ligada aos seus deuses particulares, de todo estranhos aos das

sociedades vizinhas, e mesmo inimigos destas. [...] A partir do período axial, igualmente, no mundo todo, [...] observa-se uma evolução em sentido inverso: os agrupamentos locais tendem a se aproximar uns dos outros pela difusão dos meios técnicos, a prática das relações de comércio e a ambição política de conquista; enquanto os componentes da vida ética – a religião, a moral e o direito – começam a apresentar, internamente, uma tendência à desconexão (COMPARATO, 2008, 41).

Para o autor, o saber racional e o surgimento das primeiras religiões universais conduziram à

[...] superação do ideário tradicional. Doravante buscou-se, em todas as áreas culturais do planeta, um fundamento absoluto e transnacional para a vida ética. [...] Toda a lógica da evolução da humanidade, a partir do período axial, obedece a esse movimento dual, de choque e aproximação entre os povos; de perda e reconstrução da antiga unidade ética (COMPARATO, 2008, p. 41).

Sem adentrar nos meandros da descrição histórica apresentada pelo autor, dados os propósitos e limitações do presente texto, cabe, no entanto, ressaltar a relevância, para o atual estudo, da superação do “ideário tradicional” pelo “saber racional”, bem como a desconexão ocorrida entre os componentes da vida ética (a religião, a moral e o direito), sendo, ambos os fenômenos, características essenciais da passagem do mundo antigo ao mundo moderno. É esta desconexão que afirma-se ter operado nos vários campos da atuação humana, inclusive da medicina. É na substituição de ideários tradicionais pelo saber racional que se vai obter a desconexão entre os vários campos de atuação humana nas sociedades, bem como a crescente institucionalização destas atividades, de forma que nas sociedades contemporâneas se pode afirmar que o Direito, tal qual concebido hoje, teve seus primórdios nos antigos códigos de conduta da antiguidade; que do Ethos –, substrato da moral vigente nas comunidades e agrupamentos primevos – se chegou ao conceito hodierno de Ética, entendida agora no contexto de uma moral submetida aos ditames da razão; que da cura anunciada no praticar a medicina na antiguidade, se chegou nos dias atuais à Medicina, medicina esta entendida aqui enquanto instituto vigente sob a judice do estado democrático de direito. Dispensa-se aqui a descrição de técnicas e métodos já utilizados na medicina, tais como sangrias, lavagens intestinais, recomendações de banhos ao ar livre, conforme relata Gordon (2004), e que atualmen-

te, sob a égide da racionalidade, não são considerados apenas inócuos, mas são totalmente desautorizados, podendo aquele profissional que lançar mão de tais ditos métodos e técnicas, estar sujeito à punição administrativa e jurídica.

Em suma, as sociedades contemporâneas de que trata o texto fizeram o percurso da moral à Ética, dos códigos de conduta ao Direito, da cura ao ato médico que convalida o exercício da Medicina sob a égide e vigilância do Estado. Ou seja, Ética, Direito e Medicina são institutos dos estados democráticos de direito de sociedades avançadas, complexamente organizadas, do mundo contemporâneo, mas que, embora desconexos, compartilham uma moral, ou, mais precisamente, um mesmo Ethos. E essa moral compartilhada vai então fazer com que, no processo decisório referente a um dado ato médico seja imprescindível a conjugação dos institutos da ética, do direito e da medicina na obtenção do dever-ser, ou seja, da normatização da atuação profissional.

3 O ATO MÉDICO ENQUANTO INSTITUTO REGULAMENTADO PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O desenvolvimento do tema ora proposto está assentado em alguns alicerces teóricos e pressupostos conforme já mencionado. Dentre esses alicerces encontra-se estudo anteriormente realizado acerca da natureza do ato médico. Partindo-se originariamente de uma tentativa de encontrar uma definição para o termo bioética; mais precisamente, de encontrar uma forma didática, que se prestasse para aulas destinadas a estudantes de medicina nunca antes confrontados com teorias filosóficas, buscou-se, com base no entendimento de alguns autores especialistas em ética médica, uma definição para a bioética. Com tal propósito, a bioética foi então definida como sendo a disciplina que trata daquilo que é “o devido”, “o permitido” e “o admitido” no lidar com a saúde e a doença humanas, ou em seu sentido mais amplo, no lidar com qualquer interferência nos processos de vida e morte (SCHÖNE-SEIFERT, 1996). A partir desse conceito, buscou-se então, em um estudo específico, analisar a natureza do ato médico. Ao analisar o ato médico e sua normatividade, conclui-se que sobre a atuação do profissional médico em sociedades de organização complexa incidem, necessariamente, três sistemas, a saber:

(1) o sistema científico universal, o qual determina o dever-ser sob a ótica da comunidade científica e informa o que é o devido;

(2) o sistema jurídico, o qual, com base na legislação vigente no país em questão, informa o que é permitido ou proibido na atuação profissional;

(3) o sistema ético-moral, o qual, com base em costumes e valores de uma dada comunidade local, informa acerca daquilo que seria admitido ou não pela comunidade em questão; (MURR, 2010, p. 57).

Ao dissecar a estrutura da tomada de decisão na atuação profissional do médico, encontra-se, em um primeiro momento, um paralelo entre a estrutura desta, e a Teoria Tridimensional do Direito – fato, valor e norma – de Reale (2002). No entanto, esse aparente paralelo adquire aqui contorno diverso, visto que as dimensões axiológica, sociológica e normativa do direito descritas por Reale, desdobram-se aqui em cinco dimensões, uma vez que o fato social, necessariamente, desdobra-se em uma dimensão social, uma dimensão técnica e uma dimensão política. Na análise do caso concreto, o dever-ser resultante de análise baseada em critérios técnicos não se confunde com imperativos politicamente determinados, tampouco com a expressão ou a percepção social do fato. Uma obviedade que as diferentes decisões políticas referentes à prática do aborto nos Estados Unidos da América conseguem ilustrar exemplificativamente. Basta lembrar que, imediatamente após sua posse, o presidente Obama reverteu, com uma ordem executiva, o posicionamento político de seu antecessor, George W. Bush, acerca do aborto (MURTA, 2009).

Nas palavras do mestre Honório de Medeiros,

Juízes, advogados, promotores, toda a imensa gama dos modernamente denominados ‘operadores do direito’ teriam de [...] desenvolver uma reflexão crítica e interdisciplinar da realidade, assumindo a responsabilidade [...] de trabalhar na fronteira entre o legal e o legítimo, com princípios, sob pena de serem atropelados pelos fatos. As decisões teriam que ser cada vez mais resultantes de uma cosmovisão política, em seu sentido lato, e menos observantes de uma pretensa lógica jurídica formal (MEDEIROS, 2009, p. 64).

Tomando-se como base então o ato médico no contexto das sociedades de organização complexa do mundo contemporâneo, tem-se que ato médico é

[...] toda intervenção programada e realizada

por profissional médico habilitado, em um estado inicial, objetivando um estado final diverso e sob certa previsibilidade técnica, mediante utilização de procedimentos devidamente reconhecidos pela comunidade científica, juridicamente permitidos pela Legislação vigente, e dotados de admissibilidade ético-moral (MURR, 2010, p. 42).

No escopo da Medicina, qualquer interferência nos processos de vida e morte, ou intervenção nos estados de saúde e doença humanas, consiste pois em ação programada, objetivando determinados fins previamente estabelecidos; ou seja, atende a critérios de racionalidade e especificidade próprios, inerentes a cada caso concreto em questão.

O Direito, por seu turno, “ora interpreta, ora gera a norma a partir da síntese de fato social, fato técnico e de norma pré-existente, sob um eixo axiológico e voltado para uma decisão política” (MURR, 2010b, p. 57), consagrando assim sua multidimensionalidade, da qual identificam-se cinco dimensões, a saber:

(1) uma dimensão sociológica, a qual reproduz o evento tal qual percebido e vivenciado na sociedade;

(2) uma dimensão técnica, a qual restringe-se a exteriorizar verdades metodologicamente estabelecidas por meio dos instrumentos que delimitam o conhecimento científico;

(3) uma dimensão normativa, a qual é dada pela Legislação vigente no Estado em que está inserido o fato ou evento em questão;

(4) uma dimensão axiológica, dada pelo ethos da comunidade ou grupo em evidência na análise;

(5) uma dimensão política, a qual se expressa na tomada de decisão; é uma dimensão externa a todas as anteriores e cuja arte consiste em, mesmo não se confundindo com nenhuma daquelas dimensões, unirem-nas, integrá-las (MURR, 2010, p. 57).

Tem-se, em suma, que a partir da definição de bio-ética e do estudo acerca da natureza do ato médico, é possível identificar não apenas os sistemas imbricados no processo da tomada de decisão em Medicina, mas também vislumbrar o Direito em sua multidimensionalidade. Essa estrutura pentadimensional apresenta-se então como diretriz para a abordagem de conflitos que envolvam temas complexos, como é o caso dos conflitos e litígios inerentes ao campo do Direito Médico, da Bio-ética ou do chamado Biodireito.

Figura 1 – O ato médico e sua normatividade



Fonte: MURR, 2010a

O termo devido está para aquilo que o conhecimento científico impõe e é universal. O *permitido* aplica-se aqui para aquilo que dispõe a legislação vigente, sendo obviamente variável de país para país. O admitido está para aquilo que é admitido em uma comunidade em decorrência de valores morais vigentes, importa pois no *ethos* da comunidade ou localidade. Acontece que a incidência do Direito sobre a Medicina evidencia não apenas três, mas cinco dimensões do Direito.

Para elucidar a relevância da estrutura apresentada, tome-se como exemplo do transplante de órgão e tecidos no Brasil. No ano de 1997 foi introduzido no Brasil o consentimento presumido (veja a Lei 9.434/97 e o Decreto 2.268/97); a doação deixava de ser voluntária e passava a ser presumida, ou seja, quem não se manifestava expressamente contrário à doação, era automaticamente entendido como doador. Após várias dificuldades e problemas surgidos em função da doação presumida, a lei foi novamente alterada no ano de 1998, estabelecendo dessa feita que, após a morte, a família passaria a ser a responsável pelo destino dos órgãos de seus entes.

Por meio desse exemplo brasileiro, percebe-se cla-

ramente que uma decisão política (mudar a legislação referente ao transplante de órgão para melhorar a relação entre a demanda e a oferta), não necessariamente conduz ao resultado esperado, caso não se atente para os vários elementos e sistemas que implicam no processo decisório em medicina. É preciso que se considere todas as dimensões envolvidas na incidência do Direito sobre a Medicina, tanto na confecção de juízos acerca de situações conflituosas, como na elaboração de políticas que venham a intervir nesse processo decisório. Ademais, não se trata de uma mera questão de êxito. Para responder adequadamente aos anseios das sociedades democráticas contemporâneas, no que tange a alocação de recursos – como é o caso da distribuição de órgãos para transplantes –, é preciso atender a critérios de justiça. Justiça, nos termos da equidade proposta por Rawls (1996), implica, para uma justa distribuição de recursos escassos, na conjugação dos princípios da liberdade e da igualdade. Nesse sentido, torna-se inadmissível medidas arbitrárias – ainda que bem intencionadas –, principalmente se tais medidas partem do Estado.

A figura a seguir ilustra as dimensões do direito, onde se destaca a transversalidade da dimensão política.

Figura 2 – As cinco dimensões do Direito



Fonte: MURR, 2010a

A análise das dimensões apresentadas leva a constatação de que ao atender os critérios da dimensão técnica, não obrigatoriamente está consagrada a dimensão normativa. Ou seja, a técnica não determina por si só o dever-ser. Um bom exemplo para ilustrar o fato está na chamada pílula do aborto, o mifepristone (RU 486), cujo uso é permitido na França pela legislação do país, mas não tem seu uso autorizado em vários outros países, inclusive no Brasil. Na dimensão estritamente técnica, o mifepristone coloca-se como um método adequado (reconhecido pela comunidade científica) para atingir ao fim proposto de provocar o aborto. No entanto, cada país, diante de seu arcabouço normativo, e do *ethos* da sociedade, ao ponderar acerca de qualquer alteração da legislação que pretenda permitir o uso do mifepristone, precisa ponderar, analisando cada dimensão em particular, para, em seguida, sintetizar um juízo que conjugue os cinco sistemas apresentados.

Outrossim, nessa mesma esteira de raciocínio, constata-se haver, em algumas comunidades, práticas que são completamente desprovidas de critério científico, porém consagradas por valores locais vigentes, como é o caso infibulação feminina (remoção parcial ou total do clitóris para evitar o intercursos sexual da mulher) ainda praticada em algumas comunidades, como é o caso da sociedade negro-bantu. (KIMBANDA, 2006).

4 UMA DIRETRIZ PARA A ABORDAGEM DE CONFLITOS MÉDICO-JURÍDICOS

Uma das motivações do presente estudo foi a constatação de que os debates em torno de temas complexos, multidisciplinares, em geral, carecem de melhor conexão, carecem de uma metodologia que permita o diálogo entre as várias áreas do conhecimento. Quem acompanhou os recentes debates no Brasil em torno da interrupção precoce da gravidez em caso de anencefalia, facilmente constatou essa carência. Obviamente que em sendo um desafio relativamente recente, é de se esperar que essas dificuldades existam. Se, conceitualmente, é fácil discorrer sobre transdisciplinaridade, interdisciplinaridade ou multidisciplinaridade, a mesma facilidade não se tem para praticá-las, para exercê-las. As enormes barreiras de conceitos e métodos utilizados pelo filósofo, pelo juiz, ou advogado, e pelo técnico, ou seja, por aquele que aplica o conhecimento, parecem por vezes intransponíveis, levando muitas vezes a debates desconexos; assim como se os atores estivessem falando de coisas diferentes – e muitas vezes, de fato, estão. O profissional da área do direito, seja ele jurista, juiz ou advogado, comumente, centra-se no arcabouço normativo vigente, definindo, através deste, os objetivos

a serem perseguidos na análise de situações conflitantes. Da mesma forma o faz o médico, o biólogo, o geneticista, o cientista, ao centrar-se tão somente no campo do conhecimento científico acumulado e devidamente respaldado pela comunidade científica. Acontece que “o conhecimento científico” não é a mesma coisa que “o conhecimento”; o conhecimento científico, pelo menos no âmbito da medicina, será aquele ratificado pela comunidade científica, daí o termo (re)conhecimento. O conhecimento científico é pois entendido aqui como sendo aquele conhecimento que passou pelo crivo da Comunidade Científica, para então adquirir o status de reconhecido.

Portanto, a constatação de que, nos conflitos inerentes aos campos ora debatidos, tem-se a necessidade de fazer convergir objetivos e métodos dos diversos atores, ou, ainda, que, diante de um único ator, tem-se que fazer convergir os objetivos e métodos de diferentes campos do conhecimento, leva a constatar que a única forma de viabilizar tal convergência só pode ser dada através de uma estrutura. Tentar buscar essa convergência na matéria abordada (aliás, matérias), sem que se tenha a estrutura para tal empreitada, será tarefa inviável.

É nesse sentido que a estrutura pentadimensional do direito, obtida a partir da análise da incidência do Direito sobre a Medicina, apresenta-se como modelo que viabiliza essa convergência de objetivos e métodos, possibilitando efetivar aquilo que pode-se chamar de interdisciplinaridade. A transdisciplinaridade coloca-se então um ideal utópico e não passível de ser alcançado, onde os vários atores do debate teriam que dispor do mesmo grau de informação e capacidade de elaborar conhecimento acerca de várias áreas do conhecimento; diversamente, a multidisciplinaridade consiste na mera junção de vários profissionais de campos de conhecimento diferentes, debatendo sobre um mesmo tema, mas perseguindo objetivos diversos e utilizando-se de métodos diversos na análise de um mesmo assunto ou tema. A interdisciplinaridade estabelece-se por fim como objetivo passível de ser alcançado, e esse alcance será viabilizado, no caso de conflitos pertencentes ao escopo de incidência do Direito sobre a Medicina, através da estrutura que ora se apresenta neste estudo. Um típico tratamento multidisciplinar de um tema ter-se-ia em uma situação em que um jornal ou uma revista convocasse vários autores a discorrer sobre o tema do aborto, por exemplo, cada um apresentando seu enfoque: um médico, um juiz, um teólogo, um estatístico. Na interdisciplinaridade, todos esses mesmos autores ou cada um em separado, seriam então convocados para, sob a estrutura pentadimensional do direito, discorrer

sobre o tema atentando para ao final obter a convergência de suas conclusões.

A esta altura há de se perguntar: como exatamente se concretizaria tal interdisciplinaridade, tendo como método essa estrutura, esse construto, obtido através da análise da incidência do Direito sobre a Medicina, e que permitiu vislumbrar o Direito, através do processo decisório do agir médico, em sua estrutura multidimensional? É preciso primeiramente compreender que a estrutura por si só não constitui o instrumento de análise para cada caso particular; a estrutura confere uma diretriz para a elaboração de instrumento adequado a cada caso concreto que se apresente. Tome-se aqui o polêmico exemplo da cirurgia plástica estética e as controvérsias existentes acerca da responsabilidade civil do cirurgião, se trata-se de responsabilidade objetiva ou subjetiva. As análises que levaram uma parcela dos debatedores a ver aqui a necessidade de impor uma responsabilidade objetiva ao cirurgião plástico, poderiam – talvez –, chegar à conclusão diversa, dispusessem eles de um instrumento para a análise do caso concreto. Seria necessário que se elaborasse um protocolo específico para submeter o caso concreto a tal análise.

Para cada uma das dimensões em questão elaborar-se-ia questões que deveriam ser respondidas em um código binário. No caso da cirurgia plástica estética, tome-se a dimensão técnica e verifique-se, por exemplo, se realizada por profissional médico habilitado, especialista na área, atendendo aos critérios técnicos de procedimento, local etc., ou não. Atente-se que o não preenchimento de critérios técnicos já caracterizaria erro grosseiro, autorizando então no caso a imputação da responsabilidade objetiva ao médico. Ou seja, não necessariamente todos os cirurgiões plásticos ao realizar uma cirurgia plástica estética seriam, já de pronto, imputados uma obrigação de resultados. Assim, da mesma forma se procederia a análise de cada dimensão. Há para o caso concreto algum questionamento de ordem da dimensão social a ser analisado para a cirurgia plástica estética? E quanto à dimensão axiológica, há algum questionamento ético na realização do procedimento? O que diz a legislação vigente para responder aos questionamentos da dimensão normativa? Há algum lobby em torno do procedimento que possa influenciar politicamente a análise do caso?

Extrapolando os objetivos ora propostos seria inviável a construção do próprio instrumento para os vários casos concretos com que se confrontam os chamados operadores do direito. Importante a esta altura é o entendimento de que a análise, na forma proposta, de um litígio envolvendo uma cirurgia plástica estética, levan-

taria questões diversas daquelas que levantaria caso se estivesse diante de um litígio envolvendo um procedimento cirúrgico para realização de uma laqueadura tubária, ou um litígio envolvendo a transfusão de sangue em testemunha de jeová, ou ainda, um litígio envolvendo a interrupção de uma gravidez por malformação fetal, e assim por diante. Mais importante no entanto, é verificar que todos esses litígios perpassam por questionamentos envolvendo essas cinco dimensões, e que, a resposta dada a cada um dos questionamentos terá peso no juízo que se fará do caso concreto. Assim, cabe ao analisando, ou aos atores envolvidos na análise de situações conflituosas e litígios, com fins de obter um juízo, um julgamento ponderado acerca do caso concreto com que se deparar, operacionalizar as dimensões apresentadas em protocolo a ser elaborado para cada caso em particular. Em suma, para cada caso concreto deve ser elaborado um protocolo de análise, e esse protocolo terá como diretriz a estrutura que comporta o direito em sua multidimensionalidade.

5 CONCLUSÃO

O trajeto de institucionalização da Medicina, da Ética e do Direito – até obter-se os institutos hoje presentes nas sociedades avançadas de organização complexa dos Estados democráticos de direito do mundo contemporâneo – permite identificar o compartilhamento de valores, daí a origem do título.

A análise da natureza do ato médico conduziu a três sistemas envolvidos na incidência da ética e do direito sobre a medicina – os sistemas científico, ético-moral e jurídico –, como também elucidou uma estrutura multidimensional do direito. A partir dessa análise, o Direito

apresentou-se como estrutura de cinco dimensões, a saber: uma dimensão técnico-científica; uma dimensão sociológica; uma dimensão jurídico-normativa; uma dimensão ético-moral e uma dimensão política. Em suma, a análise da incidência do direito sobre a medicina, tomando-se como ponto de partida os três sistemas envolvidos no processo decisório do ato médico, permitiu vislumbrar o direito, através do processo decisório do agir médico, em sua estrutura multidimensional.

Essa estrutura multidimensional constitui uma possível diretriz para a abordagem de conflitos ético-médicos ou médico-jurídicos. Ou seja, essa estrutura pode vir a ser utilizada como norte para a elaboração de protocolos de análise de situações dilemáticas, frequentes no campo do Direito Médico. Nessa estrutura tem-se pois uma diretriz para a elaboração de instrumentos para a análise de cada caso concreto, assim como também para a elaboração de termos de consentimento esclarecido ou outros protocolos afins. Em outras palavras: essa estrutura pentadimensional do Direito representa uma importante ferramenta metodológica para a abordagem de situações litigiosas ou conflitantes de temas complexos inerentes ao Direito Médico, bem como à Bioética e ao Biodireito.

Assim sendo, uma das grandes barreiras que existe na abordagem de temas de natureza interdisciplinar pode ser enfrentada através da estrutura apresentada. Nesse sentido, em um contexto mais amplo, o presente estudo pode ser enfim relevante para a elaboração de políticas públicas referentes ao escopo de incidência do Direito sobre a Medicina, bem como para a análise e elaboração de normas que venham a regulamentar as intervenções sobre os processos de saúde e doença humanas ou de vida e morte.

REFERÊNCIAS

BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Principles of biomedical ethics**. 4th. ed.; Oxford, New York, Toronto: Oxford University Press, 1994.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>. Acesso em: 09 nov.2014.

_____. **Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997**. Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fim de transplante e tratamento, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2268.htm>. Acesso em 09 nov. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A civilização capitalista**: para compreender o mundo em que vivemos. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. 2 ed. revisada pelo autor. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GORDON, Richard. **A assustadora história da medicina**. Tradução de Aulyde Soares Rodrigues. 4 ed. São Paulo: Ediouro, 2004.

KIMBANDA, Rufino Waway. Excisão como Iniciação Sexual e Religiosa em Mulheres Negro-Bantu. **Revista de Estudos da Religião (REVER)**, PUC-São Paulo, 2006. [Online]. Disponível em: <http://www.pucsp.br/rever/rv1_2006/t_kimbanda.htm>. Acesso em 10 nov.2014.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 34.

MEDEIROS, Honório de. **Justiça versus segurança jurídica e outros fragmentos**. UFRN. Natal: BCZM, 2009.

MURR, Leidimar Pereira. **O ato médico e sua normatividade**. München: Grin Verlag, 2010a.

_____. A inversão do ônus da prova na caracterização do erro médico pela Legislação brasileira. **Revista Bioética**. Brasília-DF, v.. 18, n.1, p. 31–47, 2010b.

MURTA, Andrea. Obama libera financiamento a organizações pró-aborto. Folha de São Paulo em Nova York. **Folha Online**, 18 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://hsaggin.blog.uol.com.br/arch2009-01-18_2009-01-24.html>. Acesso em: 10 nov. 2014.

PIEPER, Annemarie. **Einführung in die Ethik**. Tübingen: Francke Verlag, 1991.

RAWLS, John. **Eine Theorie der Gerechtigkeit**. Traduzido por Hermann Vetter, do inglês A theory of Justice (1971). Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHÖNE-SEIFERT, Bettina. Medizinethik. In: NIDA-RÜMELIN, Julian (Hg.). **Angewandte Ethik. Die Bereichsethiken und ihre theoretische Fundierung. Ein Handbuch**. Stuttgart: Kröner, 1996, p. 553-648.